

A Ata Notarial e seu Valor como Prova

Luiz Roberto Ayoub

Juiz de Direito do TJ/RJ

Caroline da Cunha Muller e Isaque Brasil
Maia

Pesquisadores da FGV

1. TEORIA GERAL DA PROVA

É de comum saber que a substância do direito material se projeta tanto na demonstração das hipóteses em que se faz necessária a prova legal, quanto na forma pela qual podem ser provados os fatos jurídicos - desde que não exijam forma especial à luz do artigo 212 do CPC. Nada obstante, incumbe ao *direito processual* os ditames referentes aos meios de prova admitidos no processo, exaurindo, além do momento e a forma da sua produção, o modo e os limites de sua análise pelo órgão julgador.

Restringindo-nos aos anseios processuais, temos que, juridicamente, o vocábulo *prova* comporta múltiplos sentidos, podendo designar, portanto: i) uma *atividade probatória* - nesse sentido temos o “ônus da prova”, ou seja, cabe provar o fato aquele que o alegou; ii) um *mero meio de prova* - e aí temos os meios utilizados na obtenção da prova; ou ainda, iii) o *resultado* desses dois sentidos à luz do íntimo do julgador - diga-se por oportuno, que, justamente por este último consistir em um juízo do julgador, quando da sua apreciação probatória, temos a prova em seu *sentido subjetivo*, ao passo que os dois primeiros, como fontes causadoras do resultado, mas não o sendo *per se*, acabam caracterizando-se pelo seu *sentido objetivo*.

Não é de difícil percepção a manifestação dos doutrinadores processualistas acerca da inatingibilidade da verdade real quando

da relação processual; afinal, faz-se de difícil imaginação o alcance desta sobre determinado acontecimento, na medida em que este se perfaz em um momento distinto - pretérito - ao da averiguação da sua verdade¹.

Em nada contrariando, há de se constatar que o direito à prova posiciona-se como direito fundamental, devendo, portanto ser de observância máxima e obrigatória na vida processual. Tal consideração se faz válida uma vez extraída de princípios constitucionais consagrados no artigo 5º sob a forma de *devido processo legal*², *contraditório e ampla defesa* além do seu próprio mister que se manifesta na vanguarda de uma tutela jurisdicional justa³.

Destarte, podemos afirmar que - principiologicamente e constitucionalmente - deve-se garantir a produção de provas quando imprescindíveis para *aproximação da verdade real aos fatos*, desde que observados seus limites, especialmente quando da sua colisão com outros princípios.

1.1 Atipicidade dos meios de prova

Data venia as teorias existentes sobre a finalidade da prova, há de se afastar o formalismo legal como meio unicamente sábio para solução de problemas, sem, ainda, esquecer da dificuldade já por sua vez supramencionada, de alcançar uma verdade absoluta. É neste sentido que podemos apontar a finalidade da prova em um aspecto prático⁴ que transparece um apoio necessário e suficiente para o convencimento do julgador quando da sua apreciação dos fatos discutidos no processo.

¹ “O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração.” DIDIER, Fredie Jr. BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2 Ed. 2007.

² JUNIOR, Nelson Nery e DINAMARCO, Cândido: “devido processo legal é o gênero, é o mega-princípio e, no diapasão, o direito à prova é corolário dele” em Gisele Góes, **Teoria Geral da Prova**, ed. Podivm, 2005, p. 26.

³ Neste sentido, ver Eduardo Cambi em **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001.

⁴ “direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 3 . São Paulo: Malheiros, 2001. P. 46-47.

O legislador de 2002, quando da elaboração do Código Civil, preocupou-se em elencar no artigo 212 os meios legais pelos quais se admitiriam a produção de prova. No entanto, frente às necessidades reais felizmente já abarcadas desde 1973 pelo Código de Processo Civil nos seus artigos 130 e 332, tal dispositivo, juntamente com o artigo 342 do CPC, acabou caracterizando-se pelo seu caráter exemplificativo e não por sua taxatividade.

É desta forma que, modernamente, temos o entendimento favorável à *regra da atipicidade dos meios de prova* por onde uma enumeração fixa e exaustiva das possibilidades probatórias acabaria eliminando o mister intrínseco ao processo - traduzida em uma decisão justa - sendo perfeitamente aceitável, portanto, que os fatos sejam provados no processo por qualquer meio, mesmo que não previsto nos artigos 342 do CPC e 212 do Código Civil.

Isto porque há uma lógica na consideração de todos os meios *probandis* possíveis, posto que através da eleição do melhor deles, ou talvez na escolha de um único possível que não se encontrava previsto na legislação, o julgador alcançará, da melhor forma possível, uma semelhança entre o fato ocorrido e a necessidade de uma decisão justa.

Por óbvio, não estamos falando em uma livre proliferação dos meios probatórios doutrinariamente apelidados de inominados ou atípicos - pelo fato da sua imprevisão legal. Na verdade, em uma leitura sistemática entre os ensejos constitucionais, cíveis e processuais, temos que só hão de ser admissíveis as provas *moralmente legítimas*, sendo assim consideradas aquelas obtidas conforme a moralidade média de uma determinada sociedade ou, ainda, nas palavras Nelson Nery Junior, pelos “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade ou não da existência e verificação de um fato jurídico”⁵.

Entretanto, faz-se imperioso salientar para a inadmissibilidade de utilização de uma prova pela sua atipicidade quando da sua inutilização típica decorrente de um vício, seja ele na sua

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

formação ou produção, sob “pena de estar servindo para encobrir a desconsideração de uma regra”⁶.

2. MEDIDA CAUTELAR

O *processo cautelar* consiste em um instrumento jurisdicional capaz de garantir ou conservar o estado das provas, das coisas e das pessoas antes da prestação jurídica definitiva. Fundamentando-se na segurança, tem como finalidade afastar uma decisão que, pelo transcurso temporal, poderia tornar-se inócua. Ora, se temos a figura do processo cautelar, por certo hão de existir também os *procedimentos cautelares* transparecidos nos ritos e exigências formais a serem observados quando do pleito processual.

Ainda, como meio hábil para se exigir a concretude do processo cautelar, nasce a ação cautelar como um direito subjetivo público. Por fim, temos a medida cautelar como resultado efetivo exaurido pelo órgão jurisdicional para prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de uma atuação jurisdicional.

Destarte, a medida cautelar consiste - como bem nos ensina Theodoro Júnior - na:

*“providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.”*⁷

Importante mencionar que a medida cautelar, pela sua própria natureza, encontra-se vinculada à sentença do processo principal. Deste modo, a manutenção dos seus efeitos depende inexoravelmente da anuência, pelo julgador, do pleito *sub judice*.

2.1 Classificação

Nada obstante a multiplicidade das classificações das medidas cautelares proposta pela mais variada doutrina, restringimo-

⁶ MARIONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005 v. 5

⁷ Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, p.362/363

nos àquela proposta pelo Código Civil. Deste modo, temos uma primeira divisão das ações cautelares em: i) *medidas cautelares típicas ou nominadas* (capítulo II do Livro III); e, ii) *medidas cautelares atípicas ou inominadas* (art. 798). Ainda, divide as medidas cautelares de acordo com o momento em que são deferidas: i) *medidas preparatórias* - as que antecedem a propositura da ação principal; e, ii) *incidentes* - as que surgem no transcorrer do processo principal.

3.PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

É de comum sabedoria que existe um momento oportuno para a produção de provas referente aos fatos alegados pelas partes. No entanto, a depender da excepcionalidade da situação, admite-se a coleta de provas antes deste momento adequado, em nada significando a antecipação do próprio julgamento.

Assim, a medida cautelar antecipatória tem por objetivo a garantia da futura produção de prova no processo cognitivo, e tem efeito acautelatório - ou seja, apenas serve de proteção à prova do perigo que a ameaça.

Cumprе destacar que o direito à prova é corolário do princípio do contraditório e garante às partes um processo justo. Por tratar-se de ação cautelar, devem estar presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* para que haja cabimento, entendendo-os como impossibilidade, dificuldade ou risco de obtenção futura da prova almejada.

Outro ponto relevante é que esta medida é típica, estando prevista nos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil. Constan no artigo 846 os três meios de prova que podem ser garantidos por essa medida cautelar, quais sejam: *a inquirição de testemunhas, o interrogatório da parte e o exame pericial*.

Ainda, a medida cautelar de antecipação da prova é preparatória, somente ocorrendo quando o processo principal ainda não tiver sido instaurado. Além disso, o processo cautelar de antecipação de prova visa apenas a assegurar a prova e não antecipá-la.

Por fim, direcionando-nos à parte procedimental da ação cautelar, temos a necessidade de sua provocação por petição ini-

cial - sempre em conformidade com os arts. 282 e 801 - e, ainda, sumariamente de justificá-la - ou seja, demonstrar seu cabimento frente aos artigos 847 e 849. Importante advertir que é possível a contestação da ação cautelar antecipatória.

Vale lembrar que o juiz deverá avaliar se há necessidade de produção antecipada de prova para que seja proferida uma decisão mais convincente e, ainda, que esta sentença tem caráter meramente homologatório, não entrando no mérito e não fazendo coisa julgada.

4. ATA NOTARIAL

Nada obstante à pretérita exposição, passemos ao estudo da Ata Notarial. Trata-se de um instrumento público, cuja competência é exclusiva do notário, regulamentado pela Lei 8.935/94 com comando do artigo 326 da Constituição Federal, que, embora ainda não muito explorado, resguarda grandes vantagens tanto para o requerente, quanto para a estrutura judiciária.

Primeiramente, é de suma importância notar que os atos do Tabelião de Notas, desde que em observância aos seus próprios ritos e procedimentos, são dotados de fé pública⁸, sendo, portanto, válidos e plenamente críveis. Por conseguinte, temos que a ata notarial, fruto dos sentidos e percepção do tabelião provocado, consiste em um sistema de registro de um fato ou ato solicitado, cuja importância processual se traduz na possibilidade de servir como prova em um processo judicial⁹.

Nesse sentido, ao se exigir atuação do Tabelião para consecução da ata notarial, este fielmente materializa a veracidade dos fatos em palavras, registrando-as em seus livros de notas ou para outro documento igualmente apropriado. Frise-se, que o registro do fato, objeto da ata notarial, pode ser reproduzido, ainda, por

⁸ Lei 8.935/94, art. 3º “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, *dotados de fé pública*, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

⁹ Vale mencionar o artigo 364 do CPC, que estabelece: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

qualquer meio digital, v.g., fotografia, de forma a melhor demonstrar o fato constatado. Blinda-se, deste modo, o acontecimento relevante contra ocasiões que viriam a obstacularizar o interesse legítimo da parte, principalmente no que tange ao seu desaparecimento/modificação.

Vale destacar que, na narrativa do notário para lavratura da ata, fica vedada sua valoração pessoal, bem como o acréscimo, de fatos que não teve a oportunidade de pessoalmente constatar, mesmo se solicitado. Afinal, a ata é o testemunho provido pelos sentidos (audição, olfato, visão, tato e paladar) do tabelião e não do interessado. Ademais, como já esposado, a ata notarial fundamenta-se na fé pública, e esta *per se* acaba por excluir qualquer participação de alheios à função exclusiva do notário. É claro que o direito não se calou em relação às situações em que há um interesse legítimo a ser protegido pelo testemunho do próprio interessado, mas para estas, temos a figura da escritura pública¹⁰.

Destarte, temos que o alcance do conteúdo da ata notarial restringe-se à possibilidade de constatação do fato pelo tabelião, devendo este utilizar-se dos seus sentidos naturais devidamente apropriados de acordo com a situação específica. Diga-se de forma exemplificativa, quando se faz necessário o paladar do notário, de nada adianta sua audição (não importa se todos alegam determinado fato), ou sua visão (não importa se todos agem de modo a comprovar determinado fato), pois a função do notário referente à transcrição da realidade impescinde da sua devida comprovação pessoal.

Complementarmente, a amplitude da ata notarial abarca ainda o mundo dinâmico da Internet, podendo servir, exemplificadamente, à constatação de uso indevido de uma imagem em determinado *site*, reproduzindo, na própria ata, o inteiro conteúdo do sítio, o dia; a hora e o computador de acesso salvaguardando, deste modo, o direito do interessado em sua íntegra.

¹⁰ Aproveitando o momento oportuno, importante se faz a distinção entre os dois institutos em comento - ata notarial e escritura pública. Como bem observa Brandelli em sua obra publicada em 2004, “*para ser objeto de Ata Notarial não pode ser objeto de escritura pública*. A diferença básica entre ambas é a existência, ou não, de declaração de vontade, que está presente na escritura, e ausente na ata. A ausência de manifestação de vontade é justamente o que caracteriza o fato jurídico, que é o objeto da Ata Notarial”.

De todo o exposto, temos a função quádrupla da ata notarial - como bem observou nosso legislador infraconstitucional¹¹, como sendo a de garantir *publicidade, autenticidade, segurança e eficácia* dos atos jurídicos, logrando o notário, ao passo em que sua intervenção estabelece prova pré-constituída, e que esta, por sua vez, serve de aparato legal em uma solução de conflitos, uma função jurisdicional. Para tanto, a ata notarial não deve ser “um ato fugaz, vulnerável e aditivo, mas um documento substancial, permanente, completo em si, com identidade própria, que torne perene a prova do fato e o seu conteúdo, não obstante o eventual perecimento do fato que lhe deu origem.”¹²

4.1 Da Celeridade Obtida pela Ata Notarial

Cumprido destacar que, com a expansão da sociedade, e consequentemente dos contratos realizados entre os indivíduos, a máquina do judiciário passou a ser constantemente acionada, ocasionando, por vias de consequência, a sua morosidade. Desse modo, sendo a prova forma pela qual as partes se utilizam para viabilizar a solução de conflitos, o instrumento da ata notarial se mostra de extrema importância, visto que proporciona a chamada economia processual, e faz com que a parte lesada no litígio tenha resguardado seu tempo razoável no processo, garantindo uma melhor prestação jurisdicional.

Sendo assim, o instituto da ata notarial previne que se acione o aparato judiciário, deixando que este se encarregue apenas de questões que envolvem maior complexidade, ou seja, que não podem ser solucionadas pelos meios mais simples.

4.2 Da Substituição da Ação Cautelar pela Ata Notarial

Apesar da equivalência referente à força probante da produção antecipada de prova em sede cautelar e a ata notarial, al-

¹¹ Lei 8.935/94, art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

¹² Valestan Mihomem da Costa. “Ata Notarial. Ainda pela utilização com utilidade”. Publicado em 02/10/2006.

gumas diferenças acabam nos aproximando mais para a eficiência desta última, vejamos:

A ata notarial pode ser solicitada por *qualquer indivíduo*, mesmo pelo *menor púbere* sem necessidade de representação legal, *dispensando-se a apresentação de motivos*. Em muito se difere das formalidades procedimentais exigidas pela medida cautelar como i) a necessidade de sua solicitação em juízo, com ii) advogado devida e previamente constituído, e seu iii) cabimento frente os pré-requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Ainda, caso o interessado seja o menor púbere, este deve estar iv) devidamente representado.

Adicionalmente, como já foi demonstrado, são apenas três possibilidades de antecipação de prova, em muito se diferenciando da *amplitude abarcada pela ata notarial*, que acaba não só pela diversidade, mas também pela sua *simplicidade*, oferecendo maior aparato para o interessado legítimo.

Destarte, é da informalidade e da credibilidade da ata notarial que extraímos sua importância. O direito constitucional à prova, já por ora abordado, somente faz sentido quando em sintonia com a busca pela justiça - fundamento de toda estrutura judiciária -, e é neste mister que se propõe a substituição da ação cautelar pela ata notarial. Afinal, não há de se falar em justiça quando tardia.

5. CONCLUSÃO

A ata notarial consiste, portanto, em uma fotografia da realidade, transladada em palavras, de competência exclusiva do Tabelião de Notas, com fito jurisdicional de perpetuação documental, imunizando o fato ou a situação juridicamente relevante de consequências perecíveis oriundas da demora.

Sob ótica material, fica de fácil percepção sua extrema semelhança ao meio cautelar de produção antecipada de prova. No entanto, são suas diferenças formais que nos chamaram atenção para a elaboração deste artigo.

O exagero procedimental da ação cautelar concomitante à conhecida sobrecarga do Poder Judiciário acaba por transparecer

a necessidade da busca de um meio de produção de prova de igual credibilidade e qualidade, porém mais célere, eficiente e menos onerosa.

Com isso, temos a importância da ata notarial como meio materializador da veracidade dos fatos - talvez o único -, por apresentar-se como indispensável ao alcance das qualidades supramencionadas em prol do bom funcionamento do sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, resta claro que a ata notarial se traduz como o meio mais simples e vantajoso de produção de prova, o que nos remete *ipso facto* a uma proteção mais efetiva do direito fundamental à prova, favorecendo um alívio ao Poder Judiciário, para que não continue com a sobrecarga de processos que apresenta nos dias atuais.

Sendo assim, para que isso ocorra, faz-se necessário que se divulgue e se esclareça tal instrumento para a sociedade de modo que enfatize sua força probante e que seja garantida uma melhor prestação jurisdicional a todos. 